

ABHANDLUNGEN

Die Deformation des Art. 68 BayBO

Von Prof. Dr. Gerrit Manssen und Jeanine Greim, Regensburg*

Nach dem zum 1. 8. 2009 in Kraft getretenen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO darf eine Baugenehmigung auch dann abgelehnt werden, wenn das Vorhaben gegen „sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften“ verstößt. Die Vorschrift betrifft sog. Zufallsfunde der Behörde außerhalb des Prüfprogramms der Art. 59, 60 BayBO. Sie wird entsprechend den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern als gesetzliche Normierung des fehlenden Sachbescheidungsinteresses verstanden; die Behörden erhielten eine bloße Befugnis ohne Ermessensspielraum. Dies ist jedoch nicht stimmig. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO eröffnet bei einem Zufallsfund eine fakultative Ablehnungsbefugnis. In einem solchen Fall muss zwingend Ermessen ausgeübt werden. Hierfür gelten die allgemeinen rechtsstaatlichen Regeln. Praxisgerechte Ergebnisse im Hinblick auf den Rechtsschutz des Bauherrn und des Nachbarn sind auf dieser dogmatischen Grundlage erreichbar.

1. Erneute Neufassung des Art. 68 BayBO

Mit dem Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, des Baukammergesetzes und des Denkmalschutzgesetzes vom 14. 7. 2009 hat der bayerische Gesetzgeber Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO um einen neuen Halbsatz 2 ergänzt. Die Bauaufsichtsbehörde darf einen Bauantrag danach auch ablehnen, wenn das Vorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Nach den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern¹ soll mit Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO die Figur des fehlenden Sachbescheidungsinteresses gesetzlich geregelt werden, auf die eine Versagung der Baugenehmigung bereits in der Vergangenheit teilweise gestützt wurde². Durch die Gesetzesänderung solle klargestellt werden, dass die Bauaufsichtsbehörde Bauanträge wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses als unzulässig ablehnen dürfe, wenn ein Verstoß gegen Normen außerhalb des Pflichtprüfprogramms ersichtlich sei, der sich nicht – beispielsweise im Wege einer Abweichung nach Art. 63 BayBO – beheben lasse³. Die Neufassung des Art. 68 BayBO sei eine Reaktion auf ein Urteil des BayVG vom Januar 2009⁴, in dem dieser die Möglichkeit der Verweigerung der Baugenehmigung auf der Grundlage fehlenden Sachbescheidungsinteresses bei einem Verstoß gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften, die außerhalb des Prüfprogramms des vereinfachten Genehmigungsverfahrens nach Art. 59 BayBO liegen, verneint habe. Der bayerische Gesetzgeber wolle der aus seiner Sicht drohenden Konsequenz begegnen, dass die Bauaufsichtsbehörde bei Verstößen gegen Normen außerhalb des Prüfprogramms die dann zwangsläufige Erteilung der Baugenehmigung mit dem gleichzeitigen oder sich unmittelbar anschließenden Erlass einer

Beseitigungsanordnung oder vorbeugenden Baueinstellungsverfügung kombinieren würde, da dieser Weg als umständlich und für den Bauherrn kostspielig sowie widersprüchlich empfunden werde. Dabei wird in den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern betont, dass der Gebrauch des Wortes „darf“ anstatt des Wortes „kann“ impliziere, dass Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO der Bauaufsichtsbehörde eine (bloße) Befugnis einräume, hingegen *keinen Ermessensspielraum* eröffne, der gegebenenfalls auch im Interesse des Bauherrn oder Dritter (Nachbarn) bestehen und zu deren Gunsten zu einem Rechtsanspruch verdichtet werden könne⁵.

* Prof. Dr. Gerrit Manssen ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, an der Universität Regensburg, an dem Jeanine Greim als Akademische Rätin tätig ist.

1 Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 abrufbar unter: <http://www.innenministerium.bayern.de/bauen/baurecht/baurecht/> (abgerufen am 10. 1. 2010).

2 Die Norm wurde erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Gesetzestext aufgenommen (vgl. den Änderungsantrag der Fraktionen von CSU und FDP vom 13. 5. 2009, LT-Drs. 16/1351, S. 2), so dass sich der Gesetzesbegründung keine Hinweise auf die Motivation des Gesetzgebers und das dogmatische Konstrukt, das der Norm zugrunde liegt, entnehmen lassen.

3 Vgl. Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 (vgl. oben Fußn. 1), S. 16.

4 BayVG, Urt. v. 19. 1. 2009, BayVBl. 2009, 507 f.; bestätigt durch BayVG, Urt. v. 1. 7. 2009, BayVBl. 2009, 727 ff.

5 Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 (vgl. oben Fußn. 1), S. 16.

2. Bewertung der Vollzugshinweise

a) Anlass der Neufassung

Mit der Neufassung des Art. 68 BayBO wollte der Gesetzgeber eine Rechtsunsicherheit beseitigen, die aus seiner Sicht durch die Rechtsprechung des 2. Senats des BayVGH vom Januar 2009 entstanden war. Bereits vor diesem Urteil bestanden jedoch Divergenzen zwischen den einzelnen Senaten des BayVGH im Hinblick auf die Möglichkeit der Verneinung einer Baugenehmigung wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses. Während andere Baurechtsenate sich in ihren Entscheidungen mit dem Problem des fehlenden Sachbescheidungsinteresses auseinandersetzten⁶, stützte sich gerade auch der 2. Senat in seiner Rechtsprechung nicht auf diese Figur, sondern tendierte dazu, die Bauaufsichtsbehörde bei Rechtsverstößen gegen nicht vom Prüfprogramm erfasste öffentlich-rechtliche Vorschriften, die eine Gefährdung wichtiger Rechtsgüter wie Leib und Leben befürchten ließen, auf ein bauaufsichtliches repressives Einschreiten parallel zur positiv zu verbescheidenden Baugenehmigung zu verweisen⁷. Insofern ist es nicht ganz korrekt, wenn es in den Vollzugshinweisen heißt, die Ergänzung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO um den Halbsatz 2 begegne der von der bisher nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur abweichenden neueren Rechtsprechung des 2. Senats des BayVGH⁸. Das Urteil vom Januar 2009 ist alles andere als eine nicht absehbare „Ausreißerentscheidung“ in Abkehr von einer gefestigten Rechtsprechung, sondern erscheint als konsequente Fortführung der Rechtsprechungslinie dieses Senats. Zugestehen ist dem Gesetzgeber, dass ein gewisser Klarstellungsbedarf als Anlass für ein gesetzgeberisches Tätigwerden bestand, der sich zwar schon vor Januar 2009 abzeichnete, sich mit dem letzten Urteil des 2. Senats zu dieser Problematik jedoch verschärfte, als dieser die Figur des fehlenden Sachbescheidungsinteresses nicht nur nicht anwandte, sondern in Bezug auf die Einhaltung von bauordnungsrechtlichen Normen außerhalb des Prüfprogramms explizit nicht anerkannte.

b) Einordnung als Fall des fehlenden Sachbescheidungsinteresses

Das Sachbescheidungsinteresse ist ein in den Verwaltungsverfahrensgesetzen nicht geregelter, allgemeiner Rechtsgrundsatz im Verwaltungsverfahren⁹. Man versteht darunter das schutzwürdige Interesse eines Beteiligten, dass ihm gegenüber eine Sachentscheidung in Form eines Verwaltungsaktes getroffen wird¹⁰. Unter dem Oberbegriff des fehlenden Sachbescheidungsinteresses hat sich eine Vielzahl von Fallgruppen herausgebildet, die die Konstellationen zu systematisieren versuchen, in denen trotz Erfüllung aller gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen ein ablehnender Bescheid aus Gründen angebracht erscheint, die jenseits des Verfahrensgegenstandes liegen¹¹. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Behörde vor unnützer Inanspruchnahme geschützt werden soll¹². Relevant ist im hiesigen Kontext allein die Fallgruppe der Sachentscheidungen, die für den Antragsteller ersichtlich nutzlos sind¹³. Das Sachbescheidungsinteresse für eine Genehmigung fehlt, wenn der Ausnutzung der Genehmigung *schlechthin nicht auszuräumende* Hindernisse entgegenstehen¹⁴. Klassische Konstellationen sind die bestandskräftige Ablehnung einer Referenzgenehmigung sowie unausräumbare zivilrechtliche Hinderungsgründe, die einem Gebrauchmachen von der Genehmigung entgegenstehen würden¹⁵.

Aufgrund der Beschränkung des Prüfungsmaßstabs für die Baugenehmigung im Zuge der stufenweise fortschreitenden Regulierung des Bauordnungsrechts wurde diskutiert, inwiefern die Figur des fehlenden Sachbescheidungsinteresses fruchtbar gemacht werden könne, um dem Antragsteller die begehrte Genehmigung bei Verstößen gegen Normen außerhalb des Pflichtprüfprogramms zu versagen¹⁶. In den letzten Jahren hat

sich eine starke Literaturmeinung dahingehend herauskristallisiert, dass die Bauaufsichtsbehörde nur ausnahmsweise bei schwerwiegenden und evidenten Rechtsverstößen gegen Normen außerhalb des vorgegebenen Prüfprogramms die Baugenehmigung gestützt auf fehlendes Sachbescheidungsinteresse verweigern dürfe¹⁷. In den Entscheidungen, in denen der BayVGH die Möglichkeit bejahte, einen Bauantrag wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses abzulehnen, knüpfte er diese Ablehnung an strenge Voraussetzungen. Verlangt wurde ein offensichtlich und schlechthin nicht ausräumbares Hindernis, wobei für eine das Sachbescheidungsinteresse ausschließende Offensichtlichkeit verlangt wurde, dass ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar sei, dass von der Genehmigung in keiner Weise Gebrauch gemacht werden könne. Dabei müsse die Entscheidung darüber, ob eine solche Offensichtlichkeit vorliege, nach der Wortbedeutung auf eindeutigen, nicht bestrittenen und nicht bestreitbaren Grundlagen beruhen¹⁸.

Liest man die Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, fällt auf, dass dort von einem anderen Verständnis des fehlenden Sachbescheidungsinteresses ausgegangen wird als im überwiegenden Teil der Literatur und Rechtsprechung und dabei vom Erfordernis des offensichtlichen und evidenten Verstoßes abgesehen worden ist. Dem Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO, wonach die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag auch dann ablehnen darf, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, lässt sich keinerlei Beschränkung hinsichtlich Gewichtigkeit und Evidenz des Verstoßes entnehmen. Vielmehr lässt er sich dahingehend verstehen, dass jeder beliebige Verstoß gegen Normen außerhalb des von Art. 59, 60 BayBO vorgegebenen Prüfprogramms eine Versagung der Baugenehmigung

6 BayVGH, Urt. v. 28. 12. 1998 Az. 14 B 95.1255; BayVGH, Urt. v. 23. 3. 2006, BayVBl. 2006, 537 f.; BayVGH, Beschl. v. 24. 1. 2006 Az. 14 ZB 04.3116.

7 S. BayVGH, Urt. v. 16. 7. 2002, BayVBl. 2003, 505 sowie BayVGH, Urt. v. 25. 7. 2002 Az. 2 B 02.164, welches von BayVGH, Beschl. v. 24. 1. 2006 Az. 14 ZB 04.3116, dahingehend gedeutet wird, dass der 2. Senat die Möglichkeit der Versagung der Baugenehmigung mangels Sachbescheidungsinteresses nicht grundsätzlich ausschließen wollte; dahingehend, dass keine Aussage bezüglich des Sachbescheidungsinteresses getroffen worden sei, auch Jäde, BayVBl. 2005, 301 f. in Bezug auf BayVGH, Urt. v. 16. 7. 2002, BayVBl. 2003, 505. Dem 2. Senat vergleichbare Äußerungen machte auch der 14. Senat in BayVGH, Beschl. v. 6. 6. 2002, BayVBl. 2003, 342 f. Die Rechtsprechung des 2. Senats wurde von Fischer, BayVBl. 2005, 299 f. positiv bewertet.

8 Vgl. Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 (vgl. oben Fußn. 1), S. 16.

9 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 22 RdNr. 56.

10 Riedl, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl. 1999, vor § 9 RdNr. 81.

11 Vgl. zur Fallgruppenbildung Foerster, NuR 1985, 58/59 ff.; Gierth, DVBl. 1967, 848/849 ff.; Wittreck, BayVBl. 2004, 193/195 ff.

12 Riedl, in: Obermayer, VwVfG, 3. Aufl. 1999, vor § 9 RdNr. 83.

13 Wittreck, BayVBl. 2004, 193/196 ff.

14 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 9 RdNr. 154; BVerwG, Urt. v. 17. 10. 1989, BayVBl. 1990, 602.

15 Wittreck, BayVBl. 2004, 193/196 ff.

16 Jäde, UPR 1995, 81/84; Jäde/Weinl/Dirnberger, BayVBl. 1994, 321/323; Winkler, BayVBl. 1997, 744/747, wobei Letztere jedoch die Figur des fehlenden Sachbescheidungsinteresses nicht genau von der Figur des fakultativen Prüfprogramms abgrenzt, vgl. BayVBl. 1997, 744/746.

17 Vgl. dazu im Einzelnen mit kleineren Differenzierungen: Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, 3. Aufl. 2007, Art. 59 RdNr. 3; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, 2. Aufl. 2008, Kapitel II, Teil 6, RdNr. 12 f.; Manssen, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Aufl. 2008, 4. Teil, RdNr. 403; Nummerger, BayVBl. 2008, 741/743; Reicherzer, BayVBl. 2000, 750/751 f.; Wittreck, BayVBl. 2004, 193/202; Wolf, BayBO 2008, 3. Aufl. 2007, Art. 59 RdNr. 21; ders., in: Simon/Busse, BayBO 2008, Art. 59 RdNr. 47 (Stand: Oktober 2009).

18 BayVGH, Urt. v. 28. 12. 1998 Az. 14 B 95.1255; BayVGH, Urt. v. 23. 3. 2006, BayVBl. 2006, 537 f.; für eine Versagungsmöglichkeit der Baugenehmigung wegen fehlendem Sachbescheidungsinteresse nur in Ausnahmefällen auch BayVGH, Urt. v. 1. 7. 2009, BayVBl. 2009, 727/728.

trägt. Die Vollzugshinweise scheinen der von *Jäde* vertretenen weiten Auslegung des fehlenden Sachbescheidungsinteresses zu folgen, wonach es für die Ablehnung einer Baugenehmigung bei Verstößen gegen Normen außerhalb des Pflichtprüfprogramms ausreicht, dass der für diesen Rechtsverstoß maßgebliche Sachverhalt abgeschlossen und abschließend ermittelt sei, und sich der Rechtsverstoß nicht – etwa durch Zulassung einer Abweichung nach Art. 63 BayBO – ausräumen ließe¹⁹.

Ein so weit gefasster Begriff des fehlenden Sachbescheidungsinteresses begegnet in mehrerer Hinsicht gewichtigen Bedenken. Bereits die Tatsache, dass die Ablehnungsmöglichkeit einer Genehmigung wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses als ein ungeschriebenes Korrektiv entwickelt wurde, spricht dafür, dieses Instrument nur dosiert in besonders gelagerten Fällen einzusetzen. Des Weiteren ließe sich ein so verstandenes fehlendes Sachbescheidungsinteresse nicht mehr in die Fallgruppe der für den Antragsteller ersichtlich nutzlosen Genehmigungen einordnen. Diese umfasst die Fälle, in denen die beantragte Sachentscheidung für den Antragsteller offensichtlich nutzlos ist, weil er die damit auszusprechende Rechtsfolge nicht verwirklichen kann²⁰, so dass man ihm folglich auch ein Klärungsinteresse an der im Genehmigungsverfahren zur Prüfung gestellten Rechtsfrage absprechen kann. Der Nutzen einer Baugenehmigung lässt sich nicht pauschal in all den Fällen verneinen, in denen Verstöße gegen nicht zu prüfende Rechtsnormen vorliegen. Die Baugenehmigung entfaltet im Rahmen des vorgegebenen Prüfprogramms Feststellungswirkung und vermittelt auch im Hinblick auf eine möglicherweise später drohende Baueinstellungsverfügung durchaus Rechtssicherheit für den Bauherrn, weil sie aufgrund ihrer Bestandskraft das Bauvorhaben im Umfang des vorgegebenen Prüfprogramms vor künftigen Änderungen der Rechtslage schützt, etwa in Form eines Erlasses oder einer Änderung eines Bebauungsplans, die zur Unzulässigkeit des Vorhabens führen können. Außerdem ist die in den Vollzugshinweisen vertretene Rechtsansicht, dass jeder Verstoß gegen eine außerhalb des Pflichtprüfprogramms liegende Norm eine Baueinstellungsverfügung zeitgleich mit der Baugenehmigung zu rechtfertigen vermag, schlichtweg falsch. Da es bei einer Baueinstellung letztlich um Gefahrenabwehr geht, wird man verlangen müssen, dass die Realisierung des Bauvorhabens in rechtswidriger Form konkret droht, was nicht zwangsläufig der Fall ist, da der Bauherr nach Art. 69 Abs. 1 BayBO vier Jahre Zeit hat, von der Baugenehmigung Gebrauch zu machen, und es ferner auch bei zeitnahe Baubeginn denkbar ist, dass der Bauherr sein Bauvorhaben noch den nicht zu prüfenden materiellrechtlichen Anforderungen anpasst. Die Baugenehmigung ist in diesen Fällen folglich nicht zwangsläufig wertlos, so dass der Begriff fehlendes Sachbescheidungsinteresse bereits terminologisch nicht passt.

c) „Befugnis“ versus „Ermessen“?

Die in den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern aufgestellte These, Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO sei eine reine Befugnisnorm in Abgrenzung zu einer Ermessensregelung, was durch den Gebrauch des Wortes „darf“ anstatt des Wortes „kann“ zum Ausdruck gebracht werden solle, trägt nicht. Der dort konstruierte Gegensatz zwischen Befugnis und Ermessen existiert nicht. „Befugnis“ ist eine Eingriffsermächtigung der Verwaltung für Eingriffe in subjektive Rechte, wobei die Befugnisnormen in der Regel als Ermessensregelungen ausgestaltet sind. Befugnis und Ermessen schließen sich somit nicht aus, sondern gehen häufig Hand in Hand. Die in den Vollzugshinweisen angenommene (*bloße*) Befugnis liefe auf ein „freies Ermessen“ hinaus, das es unter dem Grundgesetz nicht geben kann²¹. Der Bauherr kann sich auf die aus Art. 14 GG abgeleitete Baufreiheit²² berufen, die es gebietet, dass die Bauaufsichtsbehörde die Interessen des Bauherrn bei der Ent-

scheidung über die Erteilung oder Ablehnung einer Baugenehmigung im Bereich von Rechtsverstößen außerhalb des von Art. 59, 60 BayBO vorgegebenen Prüfprogramms berücksichtigt. Somit vermag es nicht zu überzeugen, wenn die Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern die Interessen des Bauherrn bei der Anwendung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO gezielt außer Acht lassen wollen²³.

3. Neukonzeption

a) Kein fakultatives Prüfprogramm

Da die dogmatische Einordnung von Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO in den Vollzugshinweisen nicht stimmig ist, bedarf es einer Neukonzeption. Auf den ersten Blick könnte man in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO eine gesetzliche Regelung des fakultativen Prüfprogramms ausmachen²⁴. Die früher gegen ein fakultatives Prüfprogramm als Ergänzung zum Pflichtprüfprogramm zu Recht angeführten Argumente, nämlich der klare Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO (Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn...) sowie die Konzeption der deregulierten Bayerischen Bauordnung, die auf eine Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung auf ein strikt vorgegebenes, unabdingbares Minimum abzielte²⁵, haben an Überzeugungskraft verloren. Den klaren Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO hat der Gesetzgeber durch die Einfügung des neuen zweiten Halbsatzes stark relativiert und damit auch die ursprüngliche Gesetzeskonzeption in gewisser Weise revidiert. Und dennoch würde die Annahme eines fakultativen Prüfprogramms der Intention des Gesetzgebers nicht entsprechen. Eine rechtlich stimmige und praxisgerechte Handhabung der Norm kann nur erreicht werden, wenn man sich darüber klar wird, dass es nicht um eine systematische Prüfung von Normen außerhalb des Pflichtprüfprogramms geht, sondern um den Umgang mit sog. *Zufallsfunden*²⁶. Erfasst werden sollen die Fälle, in denen der zuständige Sachbearbeiter bei Abarbeitung des Pflichtprüfprogramms einen eigentlich nicht zu prüfenden Normverstoß feststellt. Somit passt schon die Terminologie „fakultatives Prüfprogramm“ nicht. Die Bauaufsichtsbehörde erstreckt das Prüfprogramm nicht auf gewisse Normen, die sie systematisch abarbeitet und bei deren Nichteinhaltung zwingende Versagungsgründe entstehen. Eine solche Erweiterung des gesetzlich vorgegebenen Prüfprogramms um ein fakultatives, im Einzelfall vom jeweiligen Sachbearbeiter zu bestimmendes Prüfprogramm hätte auch systematisch in Art. 59 und 60 BayBO verortet werden müssen, also den Normen, die den Prüfungsmaßstab im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens festlegen, und nicht in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO, der den Anspruch auf Baugenehmigung regelt. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO vermag Art. 59, 60 BayBO nicht zu erweitern. Außerdem würde die Annahme eines fakultativen Prüfprogramms aufgrund des Gleichlaufs von Prüfungsumfang und

19 *Jäde*, BayVBl. 2006, 537/540.

20 *Gierth*, DVBl. 1967, 848/849.

21 Dies ist eine vor Jahrzehnten gewonnene Erkenntnis, vgl. *Friauf*, JuS 1962, 422/424 f.

22 Vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig u. a., Komm. zum GG, Art. 14 RdNr. 57 (Stand: Mai 2009).

23 Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 (vgl. oben Fußn. 1), S. 16; der Auffassung in den Vollzugshinweisen folgend *Jäde*, BayVBl. 2009, 709/714; *ders.*, in: *Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß*, Die neue BayBO, Art. 68 RdNr. 36 (Stand: Oktober 2009).

24 In diese Richtung auch *Decker*, in: Simon/Busse, BayBO 2008, Art. 75 RdNr. 85 a (Stand: Oktober 2009).

25 *Decker/Konrad*, Bayerisches Baurecht, 2. Aufl. 2008, Kapitel II, Teil 6, RdNr. 9; *Reicherzer*, BayVBl. 2000, 750/751; *BayVGH*, Urt. v. 23. 5. 2001 Az. 2 B 97.2601.

26 Vgl. *Jäde*, BayVBl. 2009, 709/714.

Feststellungswirkung eine Erstreckung der Feststellungswirkung auf die fakultativ geprüften Normen implizieren, was nicht der Gesetzeskonzeption entspricht. Bislang herrschte weitgehend Einigkeit, dass die erteilte Baugenehmigung nur die Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Recht feststellt, soweit der eingeschränkte Prüfungsumfang reicht, und folglich auch nur insoweit in Bestandskraft erwachsen kann²⁷. Daran ist festzuhalten. Stellt man sich unter Geltung des neuen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO den Fall vor, dass die Bauaufsichtsbehörde – beispielsweise angeregt durch eine nachbarliche Beschwerde – einem Normverstoß außerhalb des vorgegebenen Prüfprogramms nachgeht, diesen im Ergebnis aber verneint und die Baugenehmigung erteilt, so soll der Bauherr diesbezüglich keinen Vertrauensschutz in Anspruch nehmen können²⁸. Dies folgt aus der Konzeption des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO, der so angelegt ist, dass er die Ablehnung der Baugenehmigung trägt, nicht aber weitere positive Feststellungen außerhalb des Pflichtprüfprogramms. Der Bauherr kann weiterhin nur davon ausgehen, dass im Baugenehmigungsverfahren die in Art. 59, 60 BayBO abschließend aufgezählten Normen geprüft worden sind. Nur auf diese erstreckt sich die Feststellungswirkung.

b) Fakultative Ablehnungsbefugnis mit Ermessen

Da die bekannten, im Zusammenhang mit der Ablehnung der Baugenehmigung in Literatur und Rechtsprechung diskutierten Figuren in Form des fehlenden Sachbescheidungsinteresses und fakultativen Prüfprogramms bei der Einordnung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO versagen, kann sich der Rechtsanwender der Norm nur über Wortlaut und Telos unter Berücksichtigung höherrangigen Rechts nähern.

Liest man unbefangen den Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO, wonach die Bauaufsichtsbehörde einen Bauantrag auch dann ablehnen darf, wenn das Vorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, begründet die Norm eine Ablehnungsbefugnis zugunsten der Bauaufsichtsbehörde. Führt man sich vor Augen, dass mit Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO eine gesetzliche Grundlage für den Umgang mit Zufallsfunden geschaffen wird, ist allein die Annahme einer Ablehnungsbefugnis stimmig, weil sie zum Ausdruck bringt, dass den Bauaufsichtsbehörden das Recht eingeräumt wird, in Einzelfällen, also punktuell, die Baugenehmigung zu versagen, nicht jedoch eine Neustrukturierung des Prüfprogramms erfolgt. Das Wort „darf“ impliziert nach der gängigen verwaltungsrechtlichen Terminologie, dass von dieser Ablehnungsbefugnis unter ordnungsgemäßer Ermessensausübung Gebrauch gemacht werden muss, in die dann zwangsläufig auch die Belange des Bauherrn an der Erteilung einer Baugenehmigung eingestellt werden müssen. Es entspricht der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Lehre, dass der Hinweis auf das von der Behörde auszuübende Ermessen durch Formulierungen wie „kann“, „darf“ und „ist befugt“ zum Ausdruck gebracht wird, die als gleichwertig angesehen werden²⁹. Die in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO angeblich beabsichtigte Differenzierung zwischen „kann“ und „darf“ ist terminologische Haarspalterei und steht der Auslegung von Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO als Ermessensregelung gerade nicht entgegen. Aus der in Art. 14 GG garantierten Baufreiheit³⁰ folgt, dass – entgegen der in den Vollzugshinweisen vertretenen Auffassung – die Interessen des Bauherrn bei der Entscheidung über die Ablehnung der Baugenehmigung zu berücksichtigen sind. Mit der Annahme einer fakultativen Ablehnungsbefugnis, die eine Ermessensausübung voraussetzt, kommt man terminologisch wieder zum Begriff der „Befugnis“, wobei diese hier jedoch im klassischen Sinne zu verstehen ist und nicht mit der ihr in den Vollzugshinweisen beigemessenen Bedeutung. Durch die Neufassung des Art. 68 BayBO hat der Gesetzgeber der Baugenehmigung, die bislang ein typisches Beispiel für ein prä-

ventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als gebundene Entscheidung war, ein völlig neues Gesicht gegeben. Schlüssel zur konkreten Ausgestaltung des Anspruchs auf Baugenehmigung ist der Zufallsfund. Macht die Bauaufsichtsbehörde keinen Zufallsfund, so stellt die Baugenehmigung eine klassische gebundene Entscheidung dar. Kommt es zu einem *Zufallsfund*, so *eröffnet* dieser das *Ermessen* der Bauaufsichtsbehörde, welches sich dann aber auf den Bereich des Zufallsfundes beschränkt. Die Nichteinhaltung der Anforderungen des Prüfprogramms der Art. 59, 60 BayBO stellt hier einen zwingenden Versagungsgrund dar, bezüglich der im Rahmen des Zufallsfundes zu prüfenden Normen ist bei der Entscheidung über die Erteilung der Baugenehmigung Ermessen auszuüben. Die Baugenehmigung ist also präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mit ausnahmsweise eröffnetem *Versagungsermessen*. Konsequenterweise wird man aus Rechtssicherheitsgründen von der Behörde verlangen müssen, dass sie den Zufallsfund in den Akten dokumentiert. Stützt sie die Ablehnung der Baugenehmigung auf den Zufallsfund, so muss sie dies dementsprechend in dem ablehnenden Bescheid begründen.

4. Auswirkungen der dogmatischen Einordnung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO

a) Rechtsschutz für den Bauherrn

Auch die Rechtsschutzmöglichkeiten für den Bauherrn bei Ablehnung der Baugenehmigung sind eng mit der Anknüpfung an den sog. Zufallsfund verbunden. Hier lassen sich folgende Fallgruppen bilden:

(1) Stützt sich die Baugenehmigungsbehörde bei ihrer Ablehnung der Baugenehmigung allein auf einen Verstoß gegen Normen des Pflichtprüfprogramms, so richtet sich im Fall einer Verpflichtungsklage der in diesem Fall gebundene Anspruch des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung allein nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO. Die Bauaufsichtsbehörde kann keinen das Ermessen eröffnenden Zufallsfund im Rahmen des Prozesses einführen; das Prüfprogramm wird insofern im Baugenehmigungsverfahren festgelegt, als auf dieser Ebene feststehen muss, ob es sich um eine gebundene Entscheidung oder eine Ermessensentscheidung handelt.

(2) Für den Fall, dass die Baugenehmigungsbehörde einen Zufallsfund macht, auf den sie die Ablehnung der Baugenehmigung stützt, ist diesbezüglich eine vom Gericht im Rahmen des § 114 VwGO überprüfbare Ermessensentscheidung zu treffen. Je nachdem, ob das Ermessen auf Null reduziert ist oder nicht, ergeht ein Verpflichtungs- bzw. ein Verbescheidungsurteil. Natürlich kann das Gericht eine Klageabweisung auch auf das Vorliegen eines zwingenden Versagungsgrundes nach Art. 59, 60 BayBO stützen.

(3) Schließlich ist noch der wahrscheinlich äußerst selten vorkommende Fall denkbar, dass die Bauaufsichtsbehörde einen zwingenden Versagungsgrund nach Art. 59, 60 BayBO bejaht und sich als weiteren Ablehnungsgrund auf einen Zufallsfund beruft. Hier ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zu (2).

27 Wolf, in: Simon/Busse, BayBO 2008, Art. 59 RdNr. 3 (Stand: Oktober 2009); Molodovsky, in: Koch/Molodovsky/Famers, BayBO, Art. 59 RdNr. 37 (Stand: August 2009); anders BayVGh, Beschl. v. 14. 7. 2005, BayVBl. 2006, 220 ff. (mit ablehnender Anmerkung Jäde), der die Feststellungswirkung der Baugenehmigung durch Auslegung ermitteln will und auch eine Erstreckung der Feststellungswirkung auf geprüfte Normen außerhalb des vorgegebenen Prüfprogramms für möglich hält.

28 Diese Problematik andeutend Jäde, BayVBl. 2009, 709/714 unter besonderer Berücksichtigung von Fußn. 62.

29 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 RdNr. 9.

30 Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig u. a., Komm. zum GG, Art. 14 RdNr. 57 (Stand: Mai 2009).

Problematisch ist die Frage, inwieweit die Bauaufsichtsbehörde, die die Ablehnung der Baugenehmigung auf einen Zufallsfund gestützt hat, diesen im Prozess erweitern bzw. austauschen kann. Dies richtet sich nach der hier vertretenen Auffassung, die Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO als Ermessensregelung ansieht, zwangsläufig nach den für das Nachschieben von Ermessenserwägungen geltenden Grundsätzen (vgl. § 114 Satz 2 VwGO). Danach kann die Behörde unvollständige Ermessenserwägungen ergänzen, nicht jedoch eine unterbliebene Ermessensausübung nachholen bzw. wesentliche Teile der Ermessenserwägung austauschen oder nachschieben³¹. Eindeutig lassen sich mit dieser Formel gewisse Extremfälle ausscheiden. So ist es danach ausgeschlossen, dass die Bauaufsichtsbehörde, die die Ablehnung der Baugenehmigung im vereinfachten Genehmigungsverfahren auf einen bauordnungsrechtlichen Zufallsfund stützt, im Prozess einen weiteren Zufallsfund in Form eines Verstoßes gegen Straßenverkehrsrecht einführen kann. Inwieweit jedoch einzelne Regelungsmaterien, etwa das Bauordnungsrecht, eine Einheit bilden, so dass etwa bei einem Zufallsfund in Form eines Verstoßes gegen Abstandsflächen, bei dem sich im Rahmen des Prozesses herausstellt, dass er die Ablehnung der Baugenehmigung nicht trägt, beispielsweise ein Verstoß gegen Brandschutzvorschriften nachgeschoben werden kann, lässt sich deutlich schwerer beantworten. Dafür, hier eine Einheit anzunehmen und das Nachschieben des Zufallsfundes zuzulassen, spricht, dass in beiden Fällen sicherheitsrechtliche Aspekte im Vordergrund stehen. Letztlich wird man nicht umhinkommen, jeweils eine einzelfallbezogene Beurteilung der Zulässigkeit des Nachschiebens von Zufallsfunden vorzunehmen.

b) Rechtsstellung des Nachbarn

Nach den Ausführungen in den Vollzugshinweisen war eine Verbesserung der Rechtsstellung des Nachbarn vom Gesetzgeber nicht intendiert, da gerade kein Ermessenspielraum eröffnet werden sollte, der gegebenenfalls auch im Interesse des Bauherrn oder Dritter (Nachbarn) bestehen und zu deren Gunsten zu einem Rechtsanspruch verdichtet werden könnte³². Bei Einordnung von Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO als gesetzlich geregelter Fall des fehlenden Sachbescheidungsinteresses ist dies auch konsequent, da diesem nach herrschender Meinung keine drittschützende Wirkung zukommt³³. Nach der hier vertretenen Ansicht muss man sich fragen, ob das Ermessen unter Berücksichtigung der Belange des Nachbarn ausgeübt werden muss, d. h. ob Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO drittschützend ist. Dies beurteilt sich nach der Schutznormlehre. Danach ist eine Norm drittschützend, wenn sie nicht nur öffentlichen Interessen, sondern zumindest auch individuellen Interessen zu dienen bestimmt ist. Dies ist durch Auslegung unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens zu ermitteln³⁴. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO soll wohl keinen Drittschutz vermitteln. Alles andere wäre auch nicht praktikabel: Angenommen ein Zufallsfund in Bezug auf nachbarschützende Normen würde die Behörde verpflichten, diesen in die Ermessensausübung einzustellen, wäre das eine Einladung an die Nachbarn, eine Vielzahl von potenziellen Verstößen gegen nachbarschützende Normen vorzubringen, um sozusagen Zufallsfunde zu „produzieren“, was letztlich der mit der Deregulierung verfolgten Beschleunigungsidee zuwiderliefe.

c) Auflagen zur Baugenehmigung

Die Neufassung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO wirft auch die Frage nach der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen in Bezug auf die Einhaltung von Normen außerhalb des Pflichtprüfprogramms der Art. 59, 60 BayBO auf. Nach alter Rechtslage waren Nebenbestimmungen zwangsläufig nur innerhalb des jeweiligen Pflichtprüfprogramms möglich. Auf materiell-

rechtliche Anforderungen außerhalb des Prüfprogramms konnten keine Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung gestützt werden³⁵. Diese konnten nur mittels selbstständiger Anordnungen auf der Grundlage der bauaufsichtlichen Generalklausel des Art. 54 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BayBO durchgesetzt werden³⁶. Nach der hier vorgenommenen Einordnung des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO als fakultative Ablehnungsbefugnis mit Ermessen muss man konsequenterweise Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Einhaltung der im Wege des Zufallsfundes geprüften Rechtsnormen auf der Grundlage des Art. 36 Abs. 2 BayVwVfG zulassen. Wie oben bereits ausgeführt, darf die Baugenehmigungsbehörde im Rahmen des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO keine positiven Feststellungen in Bezug auf die Einhaltung der im Wege des Zufallsfundes geprüften Normen treffen. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO eröffnet ihr nur eine Versagungsmöglichkeit in Form eines Versagungsermessens. Als Minus zur Ablehnung des Baugenehmigungsantrages muss es ihr jedoch möglich sein, Rechtsverstöße mittels Auflagen auszuräumen.

5. Rechtspolitische Würdigung der Neuregelung

Die Novellierung der Bayerischen Bauordnung durch das Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, des Baukammerngesetzes und des Denkmalschutzgesetzes hat im Vergleich zu den umfangreichen, vom Deregulierungsbestreben getragenen Bauordnungsnovellen von 1994, 1997 und 2007 im Gesetzestext nur kleinere Spuren hinterlassen. Gerade was den neuen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO anbelangt, hat die vermeintlich kleine Änderung jedoch große Auswirkungen. Was in den Vollzugshinweisen als Rückkehr – im Wege einer gesetzgeberischen Klarstellung – zu einer seit der Deregulierung der Bayerischen Bauordnung bestehenden, gefestigten Rechtslage propagiert wurde, die lediglich durch die Rechtsprechung des 2. Senats des BayVGh vom Januar 2009 ins Wanken geraten sei, bringt faktisch eine deutliche Verschlechterung der Rechtsposition des Bauherrn mit sich. Dieser wird in Zukunft häufiger als früher keine Baugenehmigung mehr erhalten, weil sich die Baugenehmigungsbehörde auf Zufallsfunde berufen kann, um die Baugenehmigung abzulehnen.

Auch macht sich der Gesetzgeber dadurch angreifbar, dass er sein eigenes gesetzgeberisches Konzept infrage stellt. Es ist nun unabhängig davon, wie man die in den letzten 16 Jahren vorgenommenen Deregulierungsmaßnahmen rechtspolitisch beurteilt, deshalb angreifbar geworden, weil es nicht mehr stimmig ist. Der Gesetzgeber wäre gut beraten gewesen, einen Blick in die eigene Gesetzesbegründung zur BayBO 1994 zu werfen, in der es heißt: „Es wäre systemwidrig, wenn die Behörde die Baugenehmigung aufgrund von Vorschriften verweigern könnte, deren Beachtung nicht mehr im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen ist“³⁷.

31 Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 114 RdNr. 50.

32 Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zur BayBO 2009 (vgl. oben Fußn. 1), S. 16.

33 Vgl. die Nachweise bei Wittreck, BayVBl. 2004, 193/194 f. Fußn. 16, 17, der selbst für Drittschutz plädiert, BayVBl. 2004, 193/203.

34 Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 42 RdNr. 83.

35 Lechner, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 72 a. F. RdNr. 336 (Stand: August 2007); BayVGh, Urt. v. 20. 10. 2003 Az. 2 B 01.2338.

36 BayVGh, Urt. v. 20. 10. 2003 Az. 2 B 01.2338 sowie BayVGh, Beschl. v. 6. 6. 2002, BayVBl. 2003, 342 f., wonach bei Beeinträchtigung von sonstigen Belangen außerhalb des bauordnungsrechtlichen Prüfprogramms selbstständige Anordnungen ergehen müssen, die hier aber auf die wasserrechtliche Generalklausel gestützt wurden.

37 LT-Drs. 12/13482, S. 64.